

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña G.C.L., en nombre y representación de Ambulancias Tenorio e Hijos, S.L.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad por la que se acuerda la adjudicación del lote 2 del contrato de servicios denominado “Prestación del transporte sanitario terrestre programado (4 lotes)”, número de expediente: SUMMA PA/SE/02/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 24, 25 y 28 de abril de 2017, fue publicado respectivamente en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM y el 3 de mayo en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 4 lotes pudiendo licitar a uno, varios o todos los lotes. El valor estimado del contrato es de 159.923.484 euros y el plazo de duración de 48 meses con posibilidad de prórroga hasta una duración total máxima de cinco años.

Segundo.- En relación con el objeto del recurso debe señalarse que el apartado 5 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece para acreditar la solvencia los siguientes requisitos:

5. Solvencia económica, financiera y técnica o profesional, en los términos del artículo 75 del TRLCSP, apartado 1.a): (...).

“A estos efectos, los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocios, que referido al año de mayor volumen de negocio de los últimos tres concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor anual medio del presupuesto máximo de licitación del lote o lotes al que concurren.

La citada solvencia se acreditará mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”.

Acreditación de la solvencia técnica o profesional, en los términos del artículo 78 del TRLCSP, apartado: 1.a) del TRLCSP (...).

“Criterios de selección:

Se entenderá acreditada la solvencia técnica o profesional con la presentación de certificado/s de buena ejecución emitido/s por órgano/s competente/s en documento original o copia compulsada, de trabajos similares al objeto del presente contrato, siendo necesario que la suma anual de los importe/s certificado/s en el año de mayor ejecución de los cinco últimos ejercicios sea igual o superior al 70% del valor anual medio del presupuesto máximo de licitación del lote o lotes al que concurren.

Clasificación del contratista:

Grupo: R Subgrupo: 2 Categoría: D (R.D. 1098/2001).

Grupo: R Subgrupo: 2 Categoría: 5 (R.D. 773/2015)”.

Tercero.- A la licitación del lote 2 se han presentado cinco licitadoras, una de ellas la recurrente, que ha quedado clasificada en segundo lugar.

Con fecha 18 de julio de 2017 fue notificado a la empresa que había presentado la oferta económica más ventajosa en el lote 2, Vitalia Servicios Sanitarios S.A.U., el requerimiento para que en el plazo de diez días hábiles presentara la documentación acreditativa de la capacidad para contratar según se establece en la cláusula 15 del PCAP, lo que cumplimentó con fecha 31 de julio de 2017, presentando junto con el resto de la documentación requerida, el Certificado de Inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, emitido con fecha 21 de julio de 2017, que incluye la siguiente clasificación vigente:

“Entidad clasificadora: Junta Consultiva de Contratación y Administrativa del Estado.

Grupo: R- Servicios de transportes.

Subgrupo: 02- Traslado de enfermos por cualquier medio de transporte.

Categoría: D- Cuando la cuantía sea igual o superior a 600.000 euros”.

La Mesa de contratación se reúne el 10 de agosto y formula propuesta ante el Viceconsejero de Sanidad como órgano de contratación del Servicio Madrileño de Salud, a favor de la oferta económica más ventajosa en cada lote y de acuerdo con lo cual, mediante Resolución de fecha 6 de octubre del Viceconsejero de Sanidad, se acuerda la adjudicación del contrato, en concreto el lote 2 a Vitalia Servicios Sanitarios, S.A. La resolución de adjudicación se notifica el 10 de octubre de 2017 a los interesados y se publica en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el mismo día.

Cuarto.- El 30 de octubre de 2017, la representación de Ambulancias Tenorio e Hijos, S.L.U., presentó, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que requirió al órgano de contratación la remisión de copia del expediente administrativo y el preceptivo informe sobre el recurso, conforme establece el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El requerimiento fue atendido el día 3 de noviembre de 2017.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Dentro del plazo se ha recibido escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Ambulancias Tenorio e Hijos para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, pues se trata de una licitadora clasificada en segundo lugar, por lo que la estimación del recurso supondría la posibilidad de ser adjudicataria del contrato.

Se acredita igualmente la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue dictada el día 6 de octubre de 2017, notificada el día 10 e interpuesto el recurso el día 30 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente alega la falta de acreditación por parte de la adjudicataria del requisito de solvencia técnica mencionado anteriormente puesto que considera que sea cual sea la forma que elija cada licitador para acreditar la solvencia, en todo caso debe acreditar el volumen de negocio exigido, que para el lote 2 se cifra en 10.178.910 euros y según figura en el registro mercantil, la facturación de la adjudicataria para los años 2014, 2015 y 2016 está muy alejada de los requisitos mínimos exigidos. Sostiene que el órgano de contratación está obligado a verificar el cumplimiento de los requisitos de solvencia exigidos y que lo contrario puede conducir a la resolución del contrato por ejecución defectuosa. Afirma que puso de manifiesto esta circunstancia al órgano de contratación mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017, sin obtener respuesta y solicita además tomar vista del expediente.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, solicita que este recurso sea íntegramente desestimado porque la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la adjudicataria del lote 2 quedó acreditada, de conformidad con lo establecido en el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP, con la clasificación aportada por el contratista. Advierte de la errónea interpretación que la recurrente hace de la Resolución 183/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, al estar referida a un supuesto distinto. Insiste además en que el PCAP que rige en el expediente se corresponde con el modelo tipo de Pliego, informado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con las modificaciones efectuadas en base al Acuerdo 5/2016, de 22 de abril, por lo cual admite indistintamente la acreditación de la solvencia bien con la acreditación de la clasificación por aquellas empresas que cuenten con la misma, o bien con la acreditación de los medios elegidos de entre los artículos 75 a 79 del TRLCSP. Entiende que el email remitido con fecha 13 de julio de 2017, poniendo de manifiesto la supuesta falta de solvencia de Vitalia quedó respondido con la publicación en el perfil de contratante, el 24 de agosto de 2017, del Acta de la Mesa de contratación 4/2017, de 10 de agosto. Por último, hace constar que la recurrente no ha solicitado vista del expediente administrativo al órgano de contratación o al SUMMA 112 como unidad tramitadora del expediente por lo que no serían de

aplicación las previsiones contenidas en el artículo 29.3 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), al no haber sido denegada por el órgano de contratación la vista del expediente.

La adjudicataria, Vitalia Servicios Sanitarios, en su escrito de alegaciones, se refiere a los documentos aportados para la acreditación, en los que consta la clasificación que acompaña también en su escrito de alegaciones, según se establece en la cláusula 1ª.5 y en la 6ª del PCAP y de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 y 79 bis del TRLCSP, así como con la doctrina reiterada por los tribunales de contratación. Cita la Resolución 710/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que analiza la redacción del artículo 65 del TRLCSP y concluye que es posible indistintamente la acreditación mediante clasificación o acreditando los requisitos específicos que determinen los pliegos. Insiste en que además tal posibilidad fue objeto de consulta por un licitador y debidamente contestada por el órgano de contratación el 22 de mayo de 2017, por lo que considera que la recurrente ha actuado de mala fe con la infundada interposición del recurso, por lo que solicita al Tribunal acuerde la imposición de multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

A la vista de los documentos aportados y del PCAP, el Tribunal ha de concluir que se cumple el criterio de solvencia en cuanto la adjudicataria aporta la clasificación exigida en el Pliego. Pero además, como ya se manifestara en la Resolución 3/2014 de este Tribunal invocada por todas las partes, se admite la sustitución de la acreditación de la solvencia por la clasificación incluso cuando el pliego no lo ha previsto como medio alternativo, doctrina que fue recogida en el Informe 3/2015 de la Junta Consultiva de Cataluña y la Resolución 185/2016, del Tribunal Central de Recursos Contractuales que la cita. Posibilidad que asimismo ha sido ampliamente analizada por este Tribunal en su Resolución 121/2017, de 19 de abril, a la que nos remitimos. La conclusión es clara y es que los requisitos de solvencia se pueden acreditar indistintamente mediante la clasificación o con la

acreditación de los medios específicos previstos en cada pliego. Bastando con acreditar uno de ellos para que no sea necesario también el otro, al tratarse de una forma alternativa de acreditación.

En todo caso cabe recordar que se trata de una cuestión regulada en el PCAP que rige esta licitación, el cual no fue impugnado y en consecuencia se convierte en *lex contractus*. El artículo 145 del TRLCSP establece que la presentación de una oferta supone la aceptación incondicional de los pliegos. No procede en este momento mayor discusión sobre si legamente debe admitirse alternativamente la clasificación o la acreditación de la solvencia, estando regulado en el PCAP a su contenido hemos de atenernos.

En este caso, el PCAP específicamente señala el grupo, subgrupo y categoría de la clasificación correspondiente al objeto del contrato constando en el expediente que la adjudicataria, Vitalia, posee el Grupo: R- Servicios de transportes; Subgrupo: 02- Traslado de enfermos por cualquier medio de transporte; Categoría: D- Cuando la cuantía sea igual o superior a 600.000 euros. Esta clasificación coincide con la recogida como admitida alternativamente a la solvencia en el PCAP.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de recurso.

Sexto.- En cuanto a la solicitud de la recurrente de tomar vista del expediente en sede del Tribunal.

El RPERMC regula el derecho de acceso al expediente de contratación por parte de los interesados, tanto en la fase inicial previa a la interposición del recurso, a fin de poder tomar la decisión de impugnación y fundar este en su caso, como en el momento posterior en el que éste ya ha sido interpuesto solo en el caso de que el órgano de contratación se lo haya denegado, estando obligado el órgano de contratación a poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 140 y 153 del TRLCSP y el respeto a la propiedad intelectual e industrial.

Así en el artículo 16 del RPERMC: “Acceso al expediente de contratación” establece que *“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 442 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento”.

En el artículo 29 del RPERMC, al regular la instrucción del procedimiento de recurso, contempla la puesta de manifiesto del expediente y alegaciones y dispone que *“3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

La previsión reglamentaria pretende que la falta de motivación en los actos notificados o la falta de información no impidan a los interesados el ejercicio del derecho a recurso contra las decisiones en materia contractual. Por ello se regula el derecho de acceso en una fase previa a la interposición y como garantía de tal

derecho. Tal como se regula en el artículo 16 citado, ello no obsta para que, en el caso de ser denegada la vista del expediente, el recurso se interponga dentro de plazo y se invoque como motivo de recurso, para su ejercicio ante el Tribunal, en caso de que este no aprecie la concurrencia de los supuestos que fueron motivo de la denegación o no se hubiera contestado en plazo. El presupuesto para el ejercicio ante el Tribunal es la previa solicitud al órgano de contratación con efectos adversos para el interesado. Si no se da el presupuesto, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, el expediente ya no se pone de manifiesto a los interesados, no es un trámite previsto para la resolución del recurso.

En el caso que nos ocupa no consta ninguna solicitud de vista del expediente realizada por la recurrente con anterioridad a la formulación del mismo, ni este la acompaña en su recurso, comprobando el Tribunal que en el expediente sí figuran las solicitudes de otras licitadoras, así como el acta que acredita su acceso al expediente, por lo que cabe concluir que el órgano de contratación no ha denegado el acceso ahora solicitado, sino que el derecho de acceso no ha sido ejercido. Faltando el supuesto de hecho para su reconocimiento en sede del Tribunal, procede denegar dicho acceso.

Séptimo.- Por último, respecto a la apreciación de temeridad en la actuación de la recurrente alegada por la adjudicataria en su escrito de alegaciones, conviene recordar que la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este*

Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

A la vista del contenido del recurso no cabe a juicio de este Tribunal apreciar mala fe o temeridad pues a pesar de que se trate de cuestiones ya resueltas, o desestimadas, el recurso está motivado aunque sea con una errónea interpretación de la normativa aplicable, sin que la circunstancia de que el órgano de contratación haya contestado durante la tramitación del expediente una consulta sobre el tema permita considerar que la interposición del recurso es temeraria.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Denegar el acceso al expediente de contratación en sede del Tribunal por no haberlo solicitado previamente al órgano de contratación.

Segundo.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña G.C.L., en nombre y representación de Ambulancias Tenorio e Hijos, S.L.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad por la que se acuerda la adjudicación del contrato de servicios denominado “Prestación del transporte sanitario terrestre programado (4 lotes)”, número de expediente: SUMMA PA/SE/02/16.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.